



Universidad
de Alcalá

TÍTULO DEL TRABAJO

ANÁLISIS DE LA SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ROMANO HEREDITARIO Y
EN LA ACTUALIDAD

ANALYSIS OF THE REPLACEMENT IN ROMAN HEREDITARY LAW AND IN
THE PRESENT DAY

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D. Tomás García Mazarío

Dirigido por:

Dr. D. Juan Antonio Bueno Delgado

Alcalá de Henares, a 19 de MARZO de 2019

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN ROMA.....	4
1.2. CARACTERÍSTICAS DE LOS TESTAMENTOS.....	5
1.3. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA.....	7
II. LA CAPACIDAD DE TESTAR.....	9
2.1. TESTAMENTI FACTIO ACTIVA.....	9
2.2. TESTAMENTI FACTIO PASIVA.....	12
2.3. INCAPACES E INDIGNITAS.....	16
2.3.1. INCAPACES.....	16
2.3.2. INDIGNITAS.....	18
III. LAS SUSTITUCIONES EN EL DERECHO ROMANO.....	20
3.1. LOS TIPOS DE SUSTITUCIONES EN EL DERECHO ROMANO.....	20
3.1.1. LA SUSTITUCIÓN VULGAR.....	21
3.1.2. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR.....	22
3.1.3. LA SUSTITUCIÓN CUASI PUPILAR.....	24
IV. LAS SUSTITUCIONES EN ORDENAMIENTOS PREVIOS AL ACTUAL.....	26
4.1. LAS PARTIDAS DE ALFONSO X.....	26
4.2. EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.....	28
4.3. LAS OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO.....	29
4.4. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851.....	30
V. LAS SUSTITUCIONES EN EL DERECHO ACTUAL.....	32
5.1. LA SUSTITUCIÓN VULGAR.....	33
5.2. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.....	35
5.2.1. REQUISITOS.....	36
5.2.2. MODALIDADES.....	36
5.2.3. LÍMITES.....	37
5.2.4. EL FIDUCIARIO.....	38

5.2.5. EL FIDEICOMISARIO.....	38
5.2.6. FIDEICOMISO DE RESIDUO.....	39
5.3. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR.....	40
VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SUSTITUCIÓN.....	43
6.1. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-10-2004, nº 982/2004, rec. 4329/2000.....	43
6.2. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-05-2010, nº 339/2010, rec. 1670/2006.....	44
6.3. AP Pontevedra, sec. 1ª, S 12-02-2015, nº 54/2015, rec. 360/2014.....	44
6.4. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-11-2010, nº 710/2010, rec. 973/2007.....	45
6.5. Tribunal Supremo sala 1º, S 30-10-2012, rec624/2012.....	46
VII. COMPARATIVA ENTRE EL Dº ACTUAL Y EL ROMANO.....	47
VIII. CONCLUSIONES.....	49
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	51
X. ANEXO.....	52

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el estudio de la figura de la sustitución testamentaria en el Derecho Romano y en el Derecho Civil español actual.

Este análisis tiene la finalidad de contemplar la evolución que ha tenido esta materia partiendo de la base del Derecho Romano, para en un segundo lugar dar respuesta a una figura que, aunque viene regulada en el Código Civil, tiene muchas interpretaciones. Toda la controversia que da sentido a este trabajo viene producida por la característica fundamental de este proyecto, que no es otra que la voluntad del testador.

PALABRAS CLAVE: sustitución, voluntad testamentaria, fideicomisaria, premoriencia, conmoriencia.

ABSTRACT

The present work deals with the analysis of the figure of testamentary replacement in Roman Law and in the current Spanish Civil Law.

This analysis has the purpose of, in the first place, to contemplate the evolution that this subject has had starting from the base of the Roman law, to later respond to a figure that although it is regulated in the Civil Code, has many interpretations. All the controversy that gives meaning to this work is produced by the fundamental characteristic of this project, which is none other than the will of the testator.

KEYWORDS: replacement, testamentary will, trustee, premorience, commemoration

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre la comparativa de la figura de la sustitución incluida en la sucesión testamentaria. Para el estudio del mismo, realizaremos un paso en el tiempo por el Derecho Romano hasta llegar a conocer la sustitución en el Derecho actual.

Es importante recoger las raíces de nuestro ordenamiento para entender el significado de la figura de análisis de este proyecto, puesto que como comprobaremos la sustitución se preveía ya en el Derecho Romano y por ello deberemos analizarla desde el comienzo.

En esta primera parte vamos a comenzar por conocer el concepto de testamento en el Derecho Romano desde diferentes puntos de vista, incluyendo la visión de diferentes autores.

1.1. Sucesión Testamentaria en Roma

El *testamentum* en Roma era conocido como el “*acto de voluntad por el cual una persona designa uno o varios herederos*”¹, esta definición tuvo un gran calado social. El espíritu de la misma garantizaba la perpetuidad de la unidad familiar, además tuvo una gran influencia a la hora de aplicar tanto la jurisprudencia como la legislación vigente en aquella época. Dotando de una gran relevancia al cumplimiento de las disposiciones testamentarias contenidas en la declaración de voluntad del causante².

El testamento nace con una serie de elementos que provocan su carácter original y se desliga de la percepción de este acto como un contrato. Debe ser necesariamente unilateral, personal y sin que pueda mediar representante alguno, además debemos añadir un elemento muy importante, la eficacia de este no surtirá efecto hasta el fallecimiento del testador³.

¹ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997, p. 480.

² *idem*

³ TORRENT, A., 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, España, librería central. p.622.

En las fuentes podemos encontrar dos definiciones del testamento. En la primera Ulpiano lo define como “*testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*”,⁴ Modestino su discípulo lo definió de la siguiente manera “*testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte*”.⁵

El objeto de esta declaración de voluntad no sólo consistía en nombrar a un heredero para salvaguardar la unidad familiar. En el testamento podían contenerse legados, manumisiones, fideicomisos y nombramiento de tutores.⁶

Para continuar introduciéndonos en la sucesión testamentaria, a pesar de haber anticipado anteriormente algunas de las notas características que rodean al *testamentum* debemos mencionarlas en mayor profundidad.

1.2.Características de los testamentos

1. Es un acto Personalísimo:

Esta es una de las características más importantes, porque plantea muchas exclusiones a la hora de poder expresar la voluntad el testador. El testamento puede ser escrito por una persona distinta al testador, pero esta circunstancia debe ser necesariamente acreditada mediante el testimonio de testigos que presenciaron ese hecho.⁷

2. Es *iuris civilis*:

Este acto sólo es accesible a los *cives romani*, tanto para su otorgación como para ser parte de él. “*Los peregrinos testaban según su derecho nacional; incluso los de las civitates foederatae seguían su estatuto personal, realizando el acto de testar según el*

⁴ “*el testamento es la manifestación de nuestra voluntad, realizada ante testigos conforme a derecho, y de manera solemne, para que valga después de la muerte*)

⁵ IGLESIAS, J,1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*, Barcelona, España, Editorial Ariel. pág. 555.

⁶ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit*, p. 479.

⁷ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano,...op.cit*, p.622.

derecho de su propia civitas”.⁸ Esta característica se extingue prácticamente en su totalidad al extenderse la ciudadanía romana en la época de Caracalla.⁹

3. Acto formal:

La voluntad del testador no puede expresarse de cualquier forma, por ello la confección de la misma deberá atender a la manera que indicaba el ordenamiento jurídico. En cuanto al grado de solemnidad de la misma puede variar según la época pero no podrá en ningún caso realizarla mediante gestos, de forma oral o tácitamente.¹⁰

No todos los testamentos estaban sujetos a este requisito, pues algunos como el testamento militar se regía por las normas de su instituto.

4. Acto Unilateral:

Es un acto unilateral ya que su eficacia deriva de la voluntad del testador o *voluntas testatoris*¹¹. En este caso no se exige el concurso de voluntades que se produce necesariamente en materia de *pacta*¹².

5. Mortis causa:

Sólo adquiere consistencia jurídica cuando se produce la muerte del testador, es un acto destinado a producir efectos *post mortem testatoris*¹³, puesto que hasta que no se produce la muerte del mismo, no empieza a desplegar los efectos de la declaración.

6. Acto revocable:

Es un acto revocable, puesto que el testador puede cambiar el testamento todas las veces que quiera. Ulpiano expresa esta idea claramente cuando afirma: “*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*”¹⁴.

⁸ *ibidem*

⁹ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit*, p. 480.

¹⁰ IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 556.

¹¹ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....*op.cit*, p.623.

¹² IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 556.

¹³ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....*op.cit*, p.622.

¹⁴ la voluntad del difunto es variable hasta el último momento de su vida

Por lo tanto la última declaración de voluntad del testador, que cumpla con los requisitos formales del *testamentum* será aquella que tenga validez a la hora de abrir la sucesión.

1. 3. La voluntad testamentaria

La *voluntas* es el elemento más importante del testamento, puesto que le otorga a la declaración de voluntad un carácter eficaz y fuerte. La indicación de la persona o la cosa debe realizarse de una manera clara y concisa por el testador, si surgieran dudas sobre cuál era el mensaje que quería transmitir el otorgante, prevalece la voluntad que se pueda acreditar por encima de las palabras contenidas en el testamento¹⁵.

En la tradición romana, se produce un desarrollo de la voluntad. Pasando por una primera etapa en la cual, el formalismo tradicional basado en *los verba* estaría destinado a evitar que se produjesen vicios en la interpretación de la voluntad, siendo esta una voluntad típica y objetiva. Con la introducción de mecanismos más flexibles y menos formales para otorgar la voluntad, provocaron la aparición de criterios de interpretación del testamento para conocer la voluntad real del testador¹⁶.

Los criterios se basan en una interpretación amplia, puesto que cada testamento debe entenderse de un modo particular, si bien es cierto que lo escrito en el testamento tiende a acercarse a la realidad de lo que quería la voluntad del testador. Cicerón (pro Caecina 18,53) se refirió a la *causa Curiana* con mucha semejanza a lo que indica el código civil actual en su artículo 675 “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*”

¹⁵ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 575.

¹⁶ GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano*, Valencia, España, Tirant lo blanch. pág 304.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”¹⁷.

Por lo tanto prima siempre la voluntad del testador cuando entra en contradicción con las palabras contenidas en el testamento. Sin embargo, en el Derecho Romano no siempre fue así, el error al comunicar ideas objetivos o pensamientos no perjudicaban a la disposición testamentaria. En el Derecho Clásico ya empieza a asomar una tendencia en la cual, si la disposición testamentaria estaba basada en ideas erróneas se le negaba su validez. Las condiciones imposibles tanto materialmente como jurídicamente, se tenían por no puestas, por otra parte había condiciones que requerían obligaciones de no hacer, en este caso como hasta la muerte no se extinguía la condición se permitía el pago de una caución denominada *cautio muciana*¹⁸.

¹⁷ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,....*op.cit*, p.646.

¹⁸ IGLESIAS, J,1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 576

II. LA CAPACIDAD DE TESTAR

Consideramos importante el estudio de la capacidad, tanto para testar como para ser heredero de ese testamento.

La figura de la sustitución está ligada al testamento y por lo tanto es imprescindible conocer los requisitos de capacidad válidos en ambas posiciones. Por todo lo expuesto, este capítulo del proyecto permitirá determinar las personas y en qué condiciones podrían ser legitimadas para otorgar y disfrutar de este derecho.

El análisis de la capacidad nos permitirá acercarnos a las sustituciones en el Derecho Romano, dotándonos de una visión más concreta de la fracción social que podía acceder a esta declaración de voluntad.

Este título contendrá la *testamenti factio activa* y la *testamenti factio pasiva*. Estos capítulos a su vez albergarán la determinación de las personas que pueden confeccionar el *testamentum*, así como sus excepciones y los ciudadanos que podían ser contempladas de alguna forma en el testamento o incluso de ser testigos del mismo. En la otra vertiente que nos ocupa este título, podremos visualizar aquellas personas que eran dignas de suceder y por lo tanto podían acceder a la sucesión testamentaria.

2.1. TESTAMENTI FACTIO ACTIVA

Para poder realizar testamentos los ciudadanos romanos debían de estar en posesión del triple estatus: “*libertatis, civitatis y familiae*”¹⁹. Por lo tanto, “*debía ser una persona una persona libre, ciudadano romano y paterfamilias*.”²⁰ En consecuencia eran incapaces de realizar válidamente un testamento los *extranjeros*, los *filiifamilias*, los impúberes *sui iuris* y los dementes. Estos últimos contaban con una particularidad, ya que en los momentos en los que arrojaban lucidez podían otorgar testamento *dilucida intervalla*.²¹

¹⁹FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho romano* (1ª ed., Manuales universitarios). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. pág.197

²⁰DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit*, p. 489.

²¹IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones,..... op. cit*, p. 564.

En la *testamenti factio activa* también podemos encontrar una serie de excepciones a los principios expuestos en el párrafo anterior.

a) El testamento se hace *inritum* en el caso de que se produzca una *capitis deminutio* posterior al testamento²², sin embargo era válido “el testamento del *captivus* que moría en prisión en virtud de la *fictio legis corneliae*”²³.

b) “Podían hacer, testamento en orden a su *peculium castrense*, el *filiusfamilias miles*, esta facultad fue concedida por Augusto y Constantino, posteriormente se extendió al *peculium cuasicastrense*”²⁴, Por lo que podía hacer testamento sobre sus bienes peculiares a pesar de ser técnicamente personas *alieni iuris*²⁵.

c) Las mujeres tampoco podían testar, puesto que se mantenían permanentemente sometidas a tutela, pero con la aparición del expediente de la *coemptio testamenti faciendi gratia*, podían obtener la *testamentifactio*. Disposición que se quedó obsoleta cuando Adriano permitió mediante la *tutore auctore* que pudiesen testar directamente con el requisito de haber alcanzado una edad superior a doce años²⁶. En definitiva, podemos observar tres periodos en relación con la capacidad de testar de las mujeres. Uno en época arcaica, en el cual solo se les reconocía el poder de otorgar testamento a las vestales; otro en época clásica en la cual podían aquellas que no estuvieran sometidas a potestad marital o aquellas autorizadas por su tutor y por último la época de Justiniano en la que se equipara la mujer con el hombre a efectos de ejercer el derecho a testar²⁷.

d) Los sordos y mudos no podían testar en el Derecho Clásico, los mudos debido a que no podían pronunciar los *verba nuncupationis*, los sordos por el contrario no podían

²² IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 565

²³ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 489

²⁴ *idem*.

²⁵ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....op.cit, p.628.

²⁶ *idem*.

²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho romano*.....op.cit, p.197.

otorgar testamento porque no podían oírlos²⁸; esto se produjo debido a los requisitos de forma que tenía la realización del *testamentum per aes et libram*²⁹.

Más adelante durante la época del principado se produjo una exoneración de la incapacidad, mediante una concesión oficial. Posteriormente el Derecho Justiniano promulgó una serie de disposiciones³⁰, por las cuales podían testar por escrito aquellos que ostentaban esta discapacidad³¹. Sin embargo, aquellos que fuesen sordos o mudos de nacimiento seguían contemplando su incapacidad.

e) Por último quedan aquellas personas que no tenían conciencia de su propio estado habían cometido alguna falta de las descritas en las doce tablas, que llevaba aparejada la *intestabiles*³², un ejemplo de una falta que llevara a la pérdida de la capacidad de testar, era la que se imponía al autor de escritos difamatorios³³.

Para la validez del testamento el *ius civile* establecía que tenía que ostentar la capacidad de obrar no solo al momento de realizar el testamento, si no que esta capacidad tenía que perdurar hasta el momento de perecer el testador. El pretor por otro lado modificó el principio del *ius civile*, “otorgando la *bonorum possessio secundum tabulas* a los herederos testamentarios, a condición de que el testador hubiera tenido la *testamentifactio* en el momento de la confección del testamento y en el momento de la muerte, independientemente de que en el intervalo hubiera perdido y adquirido la capacidad jurídica”³⁴.

En síntesis, de lo mencionado anteriormente las personas que no tienen capacidad para otorgar testamento son el menor de edad impúber, los enfermos mentales con la excepción de los intervalos lúcidos, los sordomudos de nacimiento, los declarados pródigos; por último en derecho postclásico y justiniano tanto los herejes como los apostatas³⁵.

²⁸ IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 565

²⁹ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 490

³⁰ (c.6, 22, 10; 6, 23, 29, 2; I.2, 12, 3)

³¹ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....op.cit, p.628

³² DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 490

³³ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....op.cit, p.628.

³⁴ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 489

³⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho romano*.....op.cit, p.197.

2.2.TESTAMENTI FACTIO PASIVA

En este capítulo vamos a determinar en primer lugar su concepto, vamos a continuar introduciendo a aquellas personas que pueden ser nombradas herederos en los testamentos y por último hablaremos de las causas de indignidad.

*“Testamenti factio passiva es la idoneidad para ser heredero, para adquirir legados o para ser nombrado tutor”*³⁶. Esta definición parte de una concepción restrictiva del ordenamiento jurídico por la vinculación originaria a la *mancipatio familiae*³⁷.

En cuanto a la capacidad para ser heredero tiene unos requisitos complejos, ya que se requieren en tres momentos distintos, en el momento de la confección del testamento; en el momento de la delación hereditaria y en el momento de la aceptación hereditaria³⁸. Se plantearon problemas de capacidad para ser contemplado en el testamento desde la perspectiva del efecto adquisitivo.

Junto con los ciudadanos libres y los *paterfamilias*, podían ser nombrados herederos las siguientes:

1. Los esclavos podían ser herederos, mediante el nombramiento en testamento por su dueño al mismo tiempo que declaraba su voluntad de manumitirle cuando falleciese. Este acto implicaba que cuando el testador muriese el esclavo adquiriese su condición de ciudadano libre y a su vez la institución de heredero en favor del causante; esta figura era conocida como (*heres necessarius*).³⁹ En el Derecho Justiniano la institución de heredero en favor del esclavo producía automáticamente sin necesidad de reflejarlo expresamente en el testamento, la condición de ciudadano libre en favor del esclavo⁴⁰.

También podía ser herederos los esclavos ajenos, pero para poder acceder a esta posición su *dominus* tenía que tener la *testamenti factio pasiva*⁴¹, en el supuesto de que

³⁶ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 565.

³⁷ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 489

³⁸ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....op.cit, p.629.

³⁹ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 491

⁴⁰ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 565

⁴¹ *idem*

el esclavo siguiera perteneciendo a su dueño, era este quien adquiría la herencia en favor del esclavo hasta que este fuese un ciudadano libre. En el caso de que el esclavo fuese un ciudadano libre al momento de fallecer el testador, podrá adquirir la herencia libremente⁴².

2. “Las personas *ius alienis* podían ser instituidas herederas, bien por el *pater*, o por un extraño. Solo que en este último caso adquieren para aquel que ejerce la *patria potestas*”⁴³.

3. Los *latini* tienen capacidad para heredar a un romano, en el caso de los *latini iniani*, si bien gozaban de *testamenti factio*, lo dejado a ellos tenía condición de *caducum*, y en consecuencia esos bienes eran adquiridos por el fisco⁴⁴. En la época justiniana el latino podrá adquirir los bienes hereditarios para sí, para ello deberá reunir la condición de ciudadano romano en el plazo de la aceptación formal⁴⁵ *intra diem cretionis*⁴⁶. La otra alternativa era que pudiesen reunir esta condición dentro de los cien días siguientes al fallecimiento del testador.

Por otra parte, los *peregrini*, no podían heredar a un civil *romanus* ni por testamento ni *ab intestato*.

4. La mujer tenía la capacidad de suceder por testamento, pero con la aparición de la *Lex Voconia* del año 169 a.C no pueden ser instituidas herederas por aquellos que figuraran en el censo con una fortuna de cien mil ases, en el caso de que se les otorgase un legado este no podía ser superior en cantidad a la recibida por los herederos⁴⁷. Este principio promulgado por la ley antes referenciada, se extendió por medio de la jurisprudencia a las sucesiones intestadas. El pretor concedió la *bonorum possessio* a los bienes dejados por *cognati* difuntos⁴⁸.

⁴² DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...* op. cit, p. 491

⁴³ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 565

⁴⁴ *idem*

⁴⁵ *idem*

⁴⁶ Ulpiano,23, 3.

⁴⁷ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 567

⁴⁸ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...* op. cit, p. 491

Con la desaparición del *census*, la *lex Voconia* perdió su finalidad en lo que respecta a la herencia testamentaria.

5. Las personas inciertas, no podían recibir una disposición a su favor porque se consideraba nula. Los testadores utilizaban fórmulas para nombrar herederos que como hemos mencionado anteriormente se consideraban nulas, un ejemplo era una institución concebida en estos términos⁴⁹: “*quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto*”⁵⁰. Esta construcción no se podía dar por buena porque la persona llamada, era indeterminada, sin embargo la fórmula “*primus ex cognatis meis ad funus meum venerit*”⁵¹, si podía ser utilizada porque la declaración iba dirigida a un grupo de personas determinado, por lo que no podía entenderse que la declaración de voluntad no era concreta.

Los *postumi*, fueron adquiriendo gradualmente la capacidad para ser instituidos herederos, en un principio se les consideraba *incertae personae* y por lo tanto eran incapaces para suceder⁵². Con la evolución del derecho, Justiniano establece el principio general de que cualquier *postumus* puede ser contemplado en un testamento⁵³.

Los *postumi alieni* podían obtener la *bonorum possessio secundum tabulas*. Más tarde en la última etapa del Derecho Romano se admitirá la posibilidad de instituir a cualquier clase de póstumo⁵⁴.

6. En los primeros siglos no estaba permitido instituir heredero a los municipios, sin embargo, si eran válidos los fideicomisos a su favor. Con la llegada del siglo II d.C se establece una evolución en este ámbito, permitiendo que se pudiesen recibir legados circunstancia que se amplió en el siglo IV permitiendo que los municipios pudiesen ser

⁴⁹ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 566.

⁵⁰ sea heredero aquel que llegue primero a mi funeral

⁵¹ D.50,16, 70, y GAYO II,131

⁵² DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... op. cit, p. 492

⁵³ C.6,48, 1; I.2,20, 26-28

⁵⁴ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 566.

instituidos herederos; finalmente debemos mencionar que, el **Populus Romanus** podía ser instituido heredero desde la época republicana⁵⁵.

Según Volterra, “los *numerosos testamentos de reyes extranjeros en favor del Populus Romanus, con los que Roma justificaba conquistas militares de territorios muy extensos, actos diplomáticos o asignaciones y enajenaciones de tierras públicas a particulares, confirmaban plenamente la validez jurídica de tales instituciones*”⁵⁶.

Por último, los legados contenidos en los testamentos de César y Augusto en favor del **Populus Romanus** determinan la capacidad reconocida para ser heredero por parte de esta institución a finales de la época republicana.⁵⁷

7. La institución de un municipio no tiene eficacia, en un principio debido a su condición de cuerpo incierto. “*El senado consulto Apropiario 117 o 123 de C. otorga validez al fideicomiso universal hecho en favor de las ciudades; una constitución de León, del año 469, presupone la plena capacidad de las ciudades para toda clase de adquisiciones mortis causa*”⁵⁸. Otro de época indeterminada posibilitó que los **municipia** sucedieran en la fórmula intestada al **liberto**.

El Derecho Clásico garantizaba la posibilidad de otorgar por medio de testamento, bienes patrimoniales para la beneficencia o con la finalidad de construir edificios públicos⁵⁹.

En el Derecho Justiniano también se considera válida la institución de Cristo, aunque como es lógico esta se entiende hecha a la iglesia del lugar en el que residía el testador y con la obligación de que esos bienes se destinarán a la beneficencia⁶⁰.

⁵⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho romano*.....*op.cit*, p.198.

⁵⁶ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... *op. cit*, p. 492.

⁵⁷ *idem*

⁵⁸ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 566.

⁵⁹ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... *op. cit*, p. 492.

⁶⁰ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho*... *op. cit*, p. 493.

4.1. INCAPACES E INDIGNITAS

En este capítulo vamos a conocer a aquellas personas que, aun habiendo sido llamados como herederos por testamento, no podían adquirir efectivamente los bienes de la herencia.

La capacidad para adquirir la herencia vendrá marcada por lo descrito en las **leyes augústeas** (*lex Iulia y papia poppaea*).

Estas leyes determinaron un nuevo concepto de capacidad para recibir por testamento (*capacitas*), tras observar estas normas legales se trata más de un asunto de capacidad de adquirir de forma efectiva los bienes (*ius capiendi*)⁶¹.

4.1.1. INCAPACES

Una vez establecido el marco jurídico que regulaba este estado, vamos a enumerar a las personas que podían ser declarados incapaces aún habiendo sido instituidos herederos:

1. Los varones de 25 a 60 años y las mujeres de 20 a 50 que permanecen *caebiles*⁶², dentro de esta distinción se encuadran obviamente las personas que no han contraído matrimonio, además de estas también se engloban en esta sección las personas divorciadas y viudas⁶³. Se les concede un plazo de cien días desde que falleció el testador o dentro del plazo de la aceptación formal, para que en ese periodo pudiesen contraer matrimonio y de esa manera evitar incurrir en las privaciones legales que su actual estado les suponía.⁶⁴A este periodo de tiempo en el que transcurría la aceptación formal se denominaba *intra diem cretionis*⁶⁵.

En cuanto a las mujeres la Lex Iulia concedía una dispensa denominada *vacatio*, la misma se producía por un periodo distinto en función del motivo

⁶¹ GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano*,.....*op.cit*, p.291.

⁶² personas solteras

⁶³ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 566

⁶⁴ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,.....*op.cit*, p.630.

⁶⁵ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 567

que la originase. Si el motivo era la muerte del marido, tenía una duración de un año, si se producía por un divorcio el tiempo establecido era de seis meses, aunque la *Lex papia* ampliaba los plazos a dos años si el hecho causante era la muerte del marido y de dieciocho meses si lo que lo originaba era el divorcio.⁶⁶

Había otro grupo de mujeres a los que Domiciano denominaba *feminae probosa*⁶⁷ las cuales también quedaban privadas de *capacitas*⁶⁸. Todo lo dejado a los *cabalie* pasaba a ser *caducum* y en consecuencia el fisco sería el propietario de estos bienes⁶⁹.

2. Dentro de los *orbi* se incluían a los varones de entre 25 y 60 años que no tenían hijos pero estaban casados, en las mujeres el intervalo de edad descendía siendo consideradas dentro de este grupo aquellas que se encontraban entre los veinte y cincuenta años de edad, estaban casadas pero en función de si se trataba *ingenuas o libertas*, el número de hijos era determinante para encuadrarlas o no en este grupo⁷⁰.

Las ingenuas pertenecían a los *orbi* si tenían tres hijos o menos y las *libertas* si por el contrario tenían cuatro hijos o menos. Por lo tanto todos aquellos que se encontraban alojados dentro del grupo de los *orbi* sólo podían adquirir la mitad de las herencias y legados.⁷¹

3. El *pater solitarius*⁷² estaba regulado en la rúbrica del título 13 de las Reglas de Ulpiano, no podían adquirir nada más que una décima parte y el usufructo de la tercera parte de la herencia⁷³.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ mujeres de mala reputación

⁶⁸ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*,....*op.cit*, p.630.

⁶⁹ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... *op. cit*, p. 567.

⁷⁰ *idem*

⁷¹ *idem*

⁷² viudos sin hijos

⁷³ GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano*....*op.cit* p. 294.

4. “Los cónyuges. La mujer y el marido que no tienen hijos del matrimonio sólo pueden adquirir entre sí una décima. Pero si tienen hijos supérstites de otro matrimonio, tal porción acrece con tantas décimas cuantos sean los hijos. Se agregan una o dos décimas cuando se pierden **pos nomenum diem** uno o dos hijos comunes. Además de la décima, puede adquirir un cónyuge el usufructo de la tercera parte de los bienes de otro, e incluso la propiedad, si han tenido hijos. La mujer también puede adquirir la lote legada por el marido”⁷⁴

4.1.2. INDIGNITAS

La *indignitas* supone un castigo en el ámbito civil para aquellas personas que han deshonrado al testador con alguna de sus conductas. Esta materia no es pacífica no viene regulada por ninguna norma de forma unitaria, sino que es la jurisprudencia la que fue desarrollando algunos casos concretos.

Causar la muerte del testador(D.34, 9; 3); otra causa que prevé la jurisprudencia es no haber perseguido personalmente a las personas que hubiesen causado la muerte al testador o haber impedido al causante hacer el testamento o modificarlo en contra de su voluntad o con esta viciada⁷⁵.

La indignidad es compatible con la delación hereditaria y con la adquisición de la herencia, pero el Estado se encarga de privar de lo adquirido a aquellos herederos o legatarios que han incurrido en una conducta de las previstas anteriormente⁷⁶.

Cuando hay causa de indignidad a partir de Antonino Pío al indigno se le priva de lo adquirido en favor del fisco. La atribución al fisco constituye un mecanismo de confiscación, este sistema presenta la ventaja de que la institución de heredero siga en pie a pesar de la confiscación.⁷⁷

⁷⁴ IGLESIAS, J,1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*, op. cit, p. 568

⁷⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano...op.cit* p, 296.

⁷⁶ IGLESIAS, J,1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*, op. cit, p. 568

⁷⁷ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano....op.cit*, p.631.

*“El indigno es **heres** según el **ius civile**, pero el magistrado no le concede las acciones que le corresponden por ostentar esta condición, adquiere, pero no retiene, es privado de los **bona hereditaria** por su conducta reprobable con el testador”.*⁷⁸

La indignidad deja como notas características el valor de la jurisprudencia que permitió desarrollar la falta de unidad en las normas que regulaban esta materia, así como la función que tuvo en primer lugar el erario público y posteriormente el fisco. Ambos fueron estamentos que tuvieron como encargo el cumplimiento de la pena patrimonial derivada del castigo civil por realizar consultas que constituyen causa de indignidad.

⁷⁸ *Idem.*

III. LAS SUSTITUCIONES EN EL DERECHO ROMANO

Tras asentar los conceptos de testamento, legitimidad activa y pasiva para otorgarlo y la capacidad para suceder, llegamos al título que da sentido al proyecto.

En este apartado estudiaremos los tipos de sustituciones que se otorgaban en el Derecho Clásico y posteriormente en la época justiniana, pudiendo de esta manera ir dando forma al objeto de análisis de este trabajo.

En Derecho Romano se le denomina *heres substitutis* a “aquella persona que es designada en lugar del heredero en el caso de que este no llegase a ser heredero”⁷⁹.

En previsión de que el heredero no pudiese llegar a aceptar la herencia, por causas como por ejemplo la premoriencia, el testador podía nombrar a otros herederos en su lugar en el caso de que su sucesión fallase⁸⁰.

Como hemos mencionado en la introducción de este título las sustituciones se configuraron en dos grandes bloques en el Derecho Clásico y posteriormente pasaron a ser tres en el Derecho Justiniano.

3.1. LOS TIPOS DE SUSTITUCIONES EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Clásico se conocen dos tipos de sustituciones: la sustitución vulgar o *substitutio vulgaris* y la sustitución pupilar o *pupillaris substitutio*⁸¹. Una vez mencionadas ambas vamos a proceder a describir sus principales características que les hace ser distintivas la una de la otra.

⁷⁹ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 504

⁸⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano...op.cit* p. 308

⁸¹ IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones,..... op. cit.*, p. 571.

3.1.1. La sustitución vulgar:

Se entiende por sustitución vulgar el nombramiento de un heredero para el caso de que el primer llamado no pueda o quiera aceptar la herencia a la que está llamado⁸².

Este tipo de sustitución era la más frecuente, se trata de una disposición sujeta a una condición, regida por las reglas generales que regula este supuesto, si esta no se llegara a producir no se cumpliría⁸³. Este hecho evitaba la apertura de la sucesión **ab intestato**.

Los sustitutos podían ser nombrados tanto recíprocamente como subordinadamente entre sí, formando por lo tanto grados y en consecuencia en el caso de que los herederos sustitutos de grado superior no adquieran la herencia, lo harían los sustitutos de grado inferior⁸⁴.

Debemos entender este concepto en el sentido de una persona sucede en lugar de otra, puesto que la sustitución vulgar es una institución sujeta a una condición⁸⁵.

Volterra realiza una distinción de supuestos en el caso de que la sustitución opere porque el primer heredero no puede adquirir la herencia o si por el contrario la misma opera si se da el factor de no querer aceptar la herencia.

*“Si no podía aceptar la herencia, la sustitución operaba en los siguientes casos: a) que el instituido muera antes de la delación o adquisición de la herencia, b) por incapacidad del mismo. Si el factor determinante para operar fuese la voluntad de no querer aceptar la herencia aparecen los siguientes supuestos: a) renuncia a la herencia por parte del **heres voluntarius**; b) por ejercicio del **ius abstinendi** por parte de un **suus**; c) por concesión de la **restitutio in integrum** al instituido anterior que hubiera hecho la adición a la herencia”*⁸⁶.

⁸² DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...* op. cit, p. 504

⁸³ GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano...* op.cit p. 308

⁸⁴ VOLTERRA, E. 1986, *Instituciones de derecho privado Romano*, Madrid, pág 741.

⁸⁵ IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*, op. cit, p. 571

⁸⁶ VOLTERRA, E. 1986, *Instituciones de derecho privado Romano...* op.cit, p.741.

El testador podía otorgar al sustituto una cuota distinta a la del primer instituido; quitar la condición a la institución del heredero para que la del sustituto fuera pura, esto radica en el carácter autónomo que tenía la llamada del sustituto respecto del primer instituido⁸⁷.

Al tratarse de una disposición condicional, la condición para que opere la sustitución puede contener solo un supuesto para la cual opera. Esto genera controversia porque el ordenamiento romano no aclaraba si esa condición que habilitaba al sustituto también se ampliaba para cosas similares⁸⁸. Un ejemplo de esto es que la condición que opera cuando no puede aceptar el primer instituido se aplique también en caso de que premuera el primer instituido al testador⁸⁹.

Por otra parte la sustitución excluye el derecho de acrecer ya que este opera cuando la cuota está vacante, algo que en esta circunstancia nunca se podría dar⁹⁰.

3.1.2. La Sustitución pupilar:

La sustitución pupilar se producía cuando el *paterfamilias* designaba a su propio *filiusfamilias impuber* como heredero, o bien lo desheredaba, en ese supuesto incluía a un sustituto en el testamento para el caso de que el *filius* falleciese antes de alcanzar la pubertad⁹¹.

Con este nombramiento el *paterfamilias* conseguía evitar la sucesión *ab intestato*, lo cual se produciría si no se hubiese nombrado un sustituto para el caso de que cuando muriera el *filius* en un estado en el que no estuviese permitido que operase la, *testamenti factio activa*⁹².

Los requisitos para la sustitución pupilar son los siguientes:

- a) El *pupillus* nombrado heredero se debe hallar bajo la potestas del *paterfamilias* que le nombra.

⁸⁷ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 504

⁸⁸ TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*, ...*op.cit.*, p.637.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 505

⁹¹ VOLTERRA, E. 1986, *Instituciones de derecho privado Romano...op.cit.*, p.741.

⁹² IGLESIAS, J,1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*, *op. cit.*, p. 572.

- b) El sustituto nombrado por el testador sucede únicamente en el supuesto de que el hijo por el cual fue nombrado para sustituirlo, falleciese antes de alcanzar el periodo de pubertad.
- c) La sustitución tiene carácter formal y por lo tanto debe ser recogida en el testamento con la fórmula tradicional para otorgar la sustitución.
- d) Este último requisito no se considera imperativo, de hecho en los comienzos la sustitución debía instituirse en un único texto, pero como costumbre. Los *paterfamilias* realizaban la sustitución en tablas testamentarias distintas, la que se utilizaba para estos casos era la *secundae tabulae*. Formaban por tanto las dos juntas un único testamento, la razón que originó este hecho fue salvaguardar la vida del *filius*. Los *paterfamilias* preferían mantener en el anonimato esta institución por temor a que acabasen con la vida de su hijo y así poder acceder a la herencia⁹³.

Continuando con el último requisito, cuando se admitió la posibilidad de otorgar dos testamentos, el que contiene la sustitución quedará en suspenso, cuyos efectos sólo surtirán en el caso de que el testamento al que va unido no sea declarado inválido⁹⁴.

Esta situación generó un debate jurista en la época romana por el cual se vertieron diferentes teorías y opiniones.

Gayo interpretó jurídicamente de manera teórica esta forma de otorgar testamento, como dos testamentos distintos, uno del padre y otro del hijo, como si el hijo instituyese a un heredero para sí mismo, aunque precisó que en realidad había un testamento para dos herencias⁹⁵.

Por otra parte, Ulpiano afirmó: “*licet unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est*”⁹⁶, justificándolo en la misma estructura del instituto del heredero.

⁹³ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 505.

⁹⁴ IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones,..... op. cit.*, p. 572.

⁹⁵ *unum est testamentum duarum hereditatum*: Gayo II, 180

⁹⁶ (D.18,4,2,2.)

Biondi afirma que tanto el principio de unidad como el de duplicidad de herencia eran válidos. Entiende que puede hablarse de una sola herencia en cuanto el testamento es uno y uno solo el testador; pero también recuerda que es posible que el sustituto acepte la herencia del impúber renunciando a la herencia paterna situándolo como una duplicidad.⁹⁷

*“El **pater** puede imponer legados tanto al **filius** como al sustituto, siendo el patrimonio del **pater** el único que se toma como límite y criterio para decidir su montante. El cálculo de la **cuarta falcidia** se hace respecto de los bienes que le padre hubiese dejado⁹⁸.”*

En la época republicana apareció otro foco de conflicto, puesto se debatía sobre cómo interpretar el testamento, desconociendo si la sustitución pupilar contenía la vulgar tácitamente. La tendencia jurisprudencial que se siguió fue la de investigar caso por caso para intuir la voluntad del testador. Marco Aurelio y Lucio Vero (d.28, 6, 4,pr.; c.6,26,2) prescribieron que si la voluntad del testador no indicaba otra cosa, la sustitución vulgar comprendía la pupilar⁹⁹.

3.1.3. La sustitución cuasi pupilar

Justiniano introduce la *quasi pupillare*, es una extensión de la sustitución que hemos comentado anteriormente. El *pater familias* nombra a un sustituto para el *filius furiosus* para que en el caso de que muriese y aun no tuviese lucidez mental.¹⁰⁰

Justiniano reguló este tipo de sustituciones, admitiendo que cualquier ascendiente puede nombrar un sustituto para el descendiente enfermo mental, no era necesario que el testador ostente la patria potestad, por lo que puede ser la madre¹⁰¹.

El sustituto tiene como condición ser elegido entre uno de los descendientes del enfermo *furiosus*, en defecto de estos, entre los descendientes del testador y si tampoco hubiese, la elección ya podría ser libre.¹⁰²

⁹⁷ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...* op. cit, p. 506

⁹⁸ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 573.

⁹⁹ VOLTERRA ,E. 1986, *Instituciones de derecho privado Romano...*op.cit, p.742.

¹⁰⁰ DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...* op. cit, p. 507

¹⁰¹ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones*,..... op. cit, p. 574.

El sustituto adquiere tanto la herencia del ascendiente, como la del *furious* pero esta institución pierde eficacia, cuando el enfermo mental recobra capacidad. También se produce la pérdida de la sustitución si el *furious* fallece antes que el testador, y si el testamento resultara inválido.¹⁰³

¹⁰² VOLTERRA ,E. 1986, *Instituciones de derecho privado Romano...op.cit*, p.743.

¹⁰³ IGLESIAS, J,1994 , *Derecho Romano Historia e instituciones,..... op. cit*, p. 574.

IV. LAS SUSTITUCIONES EN ORDENAMIENTOS PREVIOS AL DERECHO ACTUAL.

En este capítulo vamos a analizar, una serie de ordenamientos jurídicos de etapas intermedias entre el Derecho Romano y el actual vigente que recogían en su contenido la figura de la sustitución testamentaria. Los textos de referencia que vamos a tratar son: Las Partidas, Las ochenta y tres Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá y el proyecto del Código Civil de 1851.

4.1 LAS SIETE PARTIDAS DE ALFONSO X

Las partidas entraron en vigor a mediados del siglo XIII con motivo del reinado de Alfonso X el sabio, en estas leyes se hace mención en la sexta partida a la sucesión testamentaria.

Profundizando en esta partida, en su título V se centra en la materia de estudio de este trabajo, las sustituciones; cuyo título nos arroja catorce leyes que hablan directamente del tema en cuestión.

La ley I, establece lo siguiente “*Que quier dezir substitutus, e quantas maneras son de substituciones.*”¹⁰⁴

En este artículo podemos encontrar el concepto de sustitución, además de los tipos de sustitución que se podían dar en la época. Además, menciona las sustituciones *vulgaris*, *pupillaris*, *exemplaris*. Estas se equiparán a las ya conocidas por el Derecho Romano vulgar pupilar y ejemplar.¹⁰⁵

La ley II indica lo siguiente “*Como la substitucion que es llamada vulgar, se faze por palabras de niego, e a las vegadas calladamente*”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ley 1. Partida 6 Alfonso X.

¹⁰⁵ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*, t.III, Madrid, España, Ed Compañía General de editores e impresores del reino pág 65.

¹⁰⁶ Ley 2. Partida 6 Alfonso X.

El contenido de este precepto determina las situaciones en las que puede considerarse la sustitución como vulgar, estas se producen por la renuncia a la herencia o por que el instituido heredero fallezca antes que el testador. Por último, indica que en los supuestos en los que se de esta circunstancia heredará el que este previsto como sustituto¹⁰⁷.

En cuanto a la ley III muestra el siguiente contenido literal “*Quando muchos herederos son establecidos en el testamento, e substitutos entre si, quanta parte acresce a cada uno dellos, si alguno non quisiere ser heredero*”¹⁰⁸.

Este precepto establece un sistema de acrecer cuotas hereditarias, en función de la renuncia o la imposibilidad de aceptar la muerte en caso de fallecer antes de poder aceptar la misma. Este sistema se refiere tanto a los herederos llamados en primer lugar como a los sustitutos de estos, los cuales también son tenidos en cuenta en este sistema¹⁰⁹.

En la ley IV podemos apreciar los motivos en los cuales deja de operar la sustitución vulgar, estos son dos. El primero de ellos es la aceptación del primer llamado, en cuyo caso ya no podría darse la sustitución; el segundo de ellos se produce por la muerte del instituido como sustituto para el heredero¹¹⁰.

Por otra parte, en la ley V el precepto establece los requisitos que deben regir la sustitución pupilar, tanto para que personas podían utilizarse esta forma de sustitución¹¹¹. En la ley VI se establece un supuesto en el cual se podría establecer un sustituto para el hijo que estuviese desheredado por parte de su padre, en este precepto se habla de un sustituto para los bienes de la madre que le correspondiesen a este hijo desheredado por parte de padre¹¹².

La ley VII indica la imposibilidad de que el hermano mayor pueda acceder a la herencia del otro hermano tanto por sustitución vulgar como por pupilar, podrá por una de ellas, pero no por ambas¹¹³.

¹⁰⁷ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.66.

¹⁰⁸ Ley 3. Partida 6 Alfonso X

¹⁰⁹ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.67.

¹¹⁰ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.68.

¹¹¹ *idem*

¹¹² LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.71.

¹¹³ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.72

La ley VIII establece la manera de heredar por parte del sustituto en el caso de que el joven llamado menor de catorce años falleciese antes que él¹¹⁴.

La designación de un sustituto para un menor de catorce años, que no es hijo del testador podemos encontrarlo en la ley IX.

La ley X establece en que causas deja de operar la sustitución pupilar, la cual establece cuatro formas. La primera por cumplir mas de catorce años, la segunda por la pérdida de la libertad. La tercera por la pérdida de la *cibdad* y la cuarta por la pérdida de la familia¹¹⁵.

En cuanto a la ley XI esta escenifica la forma de designar la sustitución ejemplar, además contiene los motivos por los cuales esta sustitución deja de surtir efecto¹¹⁶.

La ley XII establece la sustitución *compendiosa* y la ley XIII establece otro tipo denominado *breuiloqua*. Por último, la ley XIV establece la sustitución fideicomisaria¹¹⁷.

4.2 EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ

El Ordenamiento de Alcalá no realiza una mención tan minuciosa como la que hemos podido comprobar en Las Siete Partidas de Alfonso X. Sin embargo, sí que hace alusión a los testamentos, esto se produce en el título XIX Y XX de este ordenamiento que data del siglo XVIII.

En el título XIX en su Ley III indica las obligaciones que le son impuestas mediante testamento para los herederos en cuanto a la adquisición de los bienes del difunto¹¹⁸.

En cuanto al título XIX de este cuerpo legal, entra a valorar más en profundidad el testamento en si mismo. Tanto la forma de testar, como el valor del contenido del testamento son tratados en este título¹¹⁹.

¹¹⁴ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.73.

¹¹⁵ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.75.

¹¹⁶ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.77.

¹¹⁷ LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*..... op. cit, p.82.

¹¹⁸ JORDAN, I. y DE MANUEL, M. *Ordenamiento de Leyes*, Madrid, España, 1847. pág 27.

¹¹⁹ JORDAN, I. y DE MANUEL, M. *Ordenamiento de Leyes*, op. cit, p.28.

Debido a la escasa mención de contenido relativo a las sustituciones debemos dar paso al siguiente cuerpo legal.

4.3 LAS OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO

En este apartado vamos a analizar el contenido que arroja la ley 27 de este compendio de leyes. La razón de desgranar esta ley es la referencia concreta que hace a la figura de la sustitución. En este caso se habla de sustitución en el sentido de carga o gravamen del tercio de libre disposición de la herencia¹²⁰. Establece un orden para poder designar las sustituciones y estas deben producirse “*entre sus descendientes legítimos y en su defecto entre sus descendientes ilegítimos que tengan derecho de poder heredar, a falta de estos entre sus ascendientes, y no teniendo ascendientes, entre sus parientes, y en su defecto entre los extraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen ni condición en el tercio*”¹²¹.

Por lo tanto, podemos considerar que esta ley pretende favorecer el orden de sucesiones establecido, no permitiendo como hemos visto anteriormente alterar el mismo. Además, tiene carácter familiar, puesto que para que la sustitución pudiese ser realizada por un extraño, no solo deben faltar los herederos legítimos, sino que además prevalecen los descendientes ilegítimos¹²².

En cuanto al límite temporal del gravamen establece que podrán perdurar para siempre, o bien operarán durante un periodo concreto, solo exige que se cumpla con el orden de sucesiones establecido.

Tras analizar los aspectos más relevantes de la ley 27 de Toro, damos paso al proyecto de Código Civil de 1851.

¹²⁰ DE LLAMAS, S. 1827. *Comentario jurídico crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes del Toro*, t.I, Madrid, pág 293.

¹²¹ *Idem*.

¹²² *Idem*.

4.4 EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

El proyecto en su sección II dedica íntegramente diez artículos a la figura de la sustitución.

En el artículo 629 indica que sustitución está reconocida por la ley “*La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia es la única sustitución reconocida por la ley, salvo en lo dispuesto en el art 638*”.¹²³

De esta definición podemos destacar que se aproxima bastante a la definición actual de la sustitución, desarrollando en la misma las características de término y condición. Las mismas son inherentes a la definición de sustitución actual.

El artículo 630 explica la extensión que tiene la declaración de voluntad a la hora de realizar la sustitución por parte del testador indicando, sin expresión de término o condición se entiende puesta para ambos casos “*la sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos*”¹²⁴.

En el artículo 631 recoge las reglas por las cuales se pueden establecer pluralidad de llamados tanto para sustituir al heredero de primer grado como de número de herederos que pueden ser sustituidos por el mismo sustituto¹²⁵.

Por otro lado, el artículo 632 hace mención a la extensión del cargo de sustituto en el caso de que el primer sustituto tenga para sí otro sustituto. En ese caso se entenderá tácitamente que este sustituto de 2º grado será también para el heredero de primer grado.¹²⁶

¹²³ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t.I, Madrid, p. 79.

¹²⁴ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios* op cit, p. 80.

¹²⁵ *Idem*

¹²⁶ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios* op cit, p. 81.

El artículo 634 establece que el sustituto, queda sujeto a las misma cargas y condiciones que aparejasen a la institución de heredero de primer grado, sin perjuicio de que el testador pudiese limitar las mismas¹²⁷.

El artículo 635 reza literalmente “Toda *sustitución, fuera de las señaladas en los artículos 629,630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se le revista*”¹²⁸. Cabe destacar este artículo, debido a que en nuestro Código Civil vigente está reconocida la fideicomisaria como una tipología más dentro del grupo de sustituciones posibles. Dicha tipología será estudiada con detenimiento en el siguiente bloque del proyecto.

El artículo 636 del proyecto viene a reforzar aquellas situaciones en las que queda prohibida la sustitución. El artículo 637 continúa con la idea de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, sin embargo, en el mismo indica que ese estado no variará los derechos del primer llamado ni a su institución como tal¹²⁹.

Por último, el artículo 638 que hemos mencionado anteriormente como una de las exclusiones a la prohibición de la sustitución se refiere a las disposiciones testamentarias en las cuales se deje la propiedad a uno y el usufructo a otro u otros con la limitación del artículo 437, que no es otra que, la existencia de la persona al tiempo de morir el testador¹³⁰.

Tras realizar el estudio del derecho intermedio, vamos a proceder a conocer la figura de las sustituciones en el derecho actual.

¹²⁷ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios* op cit, p. 82.

¹²⁸ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios* op cit, p. 83.

¹²⁹ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios* op cit, p. 85.

¹³⁰ GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios* op cit, p. 86.

V. LAS SUSTITUCIONES EN EL DERECHO ACTUAL

Este capítulo es esencial en el análisis de la figura objeto del proyecto, estudiaremos en primer lugar el concepto de sustitución, posteriormente iremos desgranando los tipos de sustituciones. Para ello describiremos el contenido de cada una individualmente, para continuar analizando detenidamente con el apoyo de la legislación vigente en materia civil cada tipo de sustitución encuadrada en este marco legal.

Xavier O' Callaghan define esta figura como *“el llamamiento que hace el testador en favor de otra persona distinta del heredero, bien por si éste no llega a serlo, bien para después que éste lo sea.”*¹³¹

Por otra parte la definición que hace Díez Picazo se ajusta más a la sustitución estudiada anteriormente, definiéndose como una disposición subordinada a la institución de heredero. Posteriormente distingue entre dos tipos de sustituciones, una que opera en el caso de que el primer llamado no llegue a heredar, a la que denomina directa y otra que denomina indirecta que entra en valor cuando se cumple una determinada condición.¹³²

En cuanto a los tipos de sustitución que podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, la vulgar que se encuentra alojada en el art 774 CC, la fideicomisaria art 781 y siguientes del código civil, la pupilar (art 775 CC) y por último la ejemplar (art 776 CC).

Pascual Martínez encuadra dentro de las sustituciones directas a la sustitución vulgar y dentro de las indirectas a la fideicomisaria, pupilar y ejemplar¹³³.

El código civil en su artículo 789 aduce que *“Todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios”*¹³⁴.

¹³¹ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil Dº de Sucesiones*, t.V, ed Ramón Areces. pág. 133.

¹³² DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, t. II, v.IV, Madrid, 2017. pág. 94.

¹³³ *Derecho de Sucesiones*, MARTÍNEZ ESPÍN, P. Carrasco Perera, a. (dir.), Madrid, 2016. pág.160.

¹³⁴ art 789 Código civil.

Una vez sentadas las bases de la sustitución y sus clases, vamos a proceder a realizar un análisis particular por cada una de ellas.

5.1 LA SUSTITUCIÓN VULGAR

Este tipo de sustitución se encuentra enmarcada entre los artículos 774 y 780 del CC, se considera como el nombramiento de un segundo o posterior heredero, para el caso en que el instituido en primer lugar premuera al testador, o bien porque no quiera o no pueda aceptar la herencia¹³⁵.

“La sustitución vulgar es la disposición testamentaria donde el testador nombra a un segundo o ulterior heredero o legatario en previsión de que el anterior heredero instituido o legatario llamado no llegue efectivamente a serlo por no poder o no querer”.

136

En cuanto a este tipo de sustitución la limitación que pueda practicar a dicha figura el testador, tiene vital importancia. En el caso de que el testador realizara el nombramiento para una causa concreta de las establecidas para la sustitución vulgar y el primer instituido no llegase a heredar por una causa distinta a la que originó la institución del sustituto, se abriría la sucesión intestada. Puesto que la sustitución se otorgó para una causa concreta, si la sustitución fuese otorgada de manera genérica se entenderá extendida a todos los supuestos que prevé la sustitución.¹³⁷

Dentro de la sustitución vulgar podemos encontrar que la misma podría dividirse en cuatro bloques o tipos en función de los sujetos¹³⁸:

1. Un sustituto para un instituido (*unum in locum unius*), este tipo es el que menos dificultad de comprensión presenta, puesto que se empareja un sustituto por cada heredero.

¹³⁵ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN, P. Carrasco Perera, a. (dir.)... *op cit.* p.160.

¹³⁶ STS 982/2004 20 de Octubre

¹³⁷ BERCOVITZ, R; BUSTO, L; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015). *Manual de derecho civil*, Madrid, España, Ed Bercal. pág 178.

¹³⁸ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*..... *op. cit.* p.135.

2. En la segunda modalidad, nos encontramos con que un sustituto puede serlo para varios instituidos, esta tipología se encuentra regulada en el art 778 del CC.
3. En el tercer supuesto, se contempla la posibilidad de que pueda haber varios sustitutos para el mismo instituido heredero. El testador puede realizar el nombramiento conjuntamente, además si el testador no fijó partes concretas para cada uno, se entenderá tácitamente que los sustitutos son llamados por igual en virtud de lo descrito en el art 765 CC. También dentro de esta tipología cabe la posibilidad de la sucesión gradual, que significa que los sustitutos lo serán en función de un orden que operará en defecto del fallo del primer sustituto.
4. La *sustitución recíproca*, se encuentra alojada en nuestro ordenamiento en el art 779 del CC. O'Callaghan realiza la siguiente interpretación de esta norma: “1º si son dos herederos instituidos en partes desiguales y con sustitución vulgar recíproca, al sustituto le corresponde íntegra la porción del coheredero que no llegue a serlo, pues de otro modo resultaría una porción vacante, contrariándose la voluntad del testador; 2º si son tres o más los herederos instituidos en partes desiguales la porción del heredero que no llegue a serlo se distribuirá en partes proporcionales a la que tengan los demás herederos(sustitutos al mismo tiempo) en la herencia”¹³⁹.

Con el art 1006 del CC, el *ius delationis* del primer llamado pasa a formar parte de sus herederos de forma imperativa. Esta circunstancia implica que en ningún momento puede darse la sustitución, ya que el *ius delationis* no estaría en disposición de ese llamado si no de sus herederos.

Sin embargo, en cuanto a la operatividad del derecho de acrecer en consonancia con la sustitución, permite que haya dos teorías una a favor y otra en contra de cuál de ellos prima sobre el otro. El signo distintivo con la comparativa anterior es la naturaleza de la norma. El precepto del párrafo anterior era imperativo y el derecho de acrecer es una norma dispositiva, lo que permite que se puedan originar discrepancias a la hora de establecer el orden jerárquico. El art 986 antepone el Dº de acrecer a la sustitución y el

¹³⁹ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*..... op. cit. p.136.

artículo 912.3º ofrece una preferencia sobre la sustitución, por lo que al tratarse de normas dispositivas quedará a criterio del legislador.¹⁴⁰

En síntesis la sustitución vulgar produce los siguientes efectos:

1. En el momento que se verifica que se ha producido la causa que daba lugar a la sustitución, al sustituto llamado se le transfiere el *ius delationis*¹⁴¹.

2. Cuando opera la sustitución, excluye el derecho de acrecer y la sucesión *ab intestato*¹⁴².

3. El sustituto quedará sometido a las mismas cargas y condiciones que el heredero instituido, con el matiz de aquellas condiciones de carácter personal que tuviese el heredero instituido, que al tener ese carácter personal no pueden aplicarse al sustituto.¹⁴³

5.2 LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

En las sustituciones fideicomisarias se encomienda al heredero que conserve la herencia y la transmita a un tercero, a ese heredero que se le encarga dicha tarea se le denomina fiduciario. Por otra parte la persona que recibe esa herencia en todo o parte se le denomina fideicomisario. Por todo ello el testador lo que pretende es que haya dos sucesiones dentro de la misma herencia, una primera en la cual el fiduciario conserva y dispone de esos bienes y una segunda en la que transmite ese patrimonio a un tercero.

Una vez haya transcurrido o bien el tiempo o bien la circunstancia bajo la cual el fiduciario podía disponer de esos bienes deberá transmitirlo al fideicomisario mediante sustitución¹⁴⁴.

¹⁴⁰ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 96.

¹⁴¹ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,*op. cit.* p.163.

¹⁴² O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*..... *op. cit.* p.136.

¹⁴³ BERCOVITZ, R; BUSTO, L ; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015).*Manual de derecho civil*.... *op. cit.* p.179.

¹⁴⁴ GARCIA, M - LEFEVRE, F. 2018. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS. Memento Práctico Francis Lefevbre(familia), Madrid: Ed Lefevbre el Derecho.

5.2.1. Requisitos.

Esta tipología de sustitución encuentra su regulación en el art 781 y SS del Código Civil. Tiene impuestos una serie de requisitos para que se pueda llevar a cabo la misma, los cuales veremos a continuación¹⁴⁵:

1. Tiene que producirse un llamamiento múltiple, es decir la existencia de una doble o múltiple vocación hereditaria para el goce de un mismo bien o bienes.
2. El fiduciario tiene la obligación de conservar y restituir los bienes fideicomitidos, además de transmitirlos al fideicomisario.
3. Tiene que contener un orden establecido de carácter sucesivo para la adquisición de la herencia o legado por el primer heredero sustituido y el sustituto después.
4. Tienen que designarse de manera expresa, o bien dotando a la sustitución del nombre de fideicomisaria, o mediante la imposición de la obligación de entregar los bienes a un segundo heredero.¹⁴⁶

5.2.2. Modalidades.

Como hemos introducido en el comienzo de este capítulo podemos encontrar dos tipos de sustituciones fideicomisarias. Estas se denominan sustituciones a término o condición¹⁴⁷. Serán sustituciones a término, aquellas que están sujetas a un plazo para su restitución entrega del bien objeto de la sustitución fideicomisaria. Por otra parte las sustituciones condicionales, son las que se producen cuando se ha cumplido un determinado evento o circunstancia.¹⁴⁸

Las sujetas a término, vienen contenidas en el art 784, el fideicomisario adquirirá los derechos desde la muerte del fideicomitente. Puesto que aunque falleciera antes que el fiduciario, los herederos del fideicomisario adquieren ese derecho. Por el contrario, las condicionales están sujetas a un evento y si este no ocurriese antes de la muerte del

¹⁴⁵ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,.....*op. cit.* p.167.

¹⁴⁶ Díez Pícazo, L. y Gullón, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 97.

¹⁴⁷ BERCOVITZ, R; BUSTO, L ; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015).*Manual de derecho civil.... op. cit.* p.181.

¹⁴⁸ Díez Pícazo, L. y Gullón, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 97.

fideicomisario, sus herederos no adquirirán ese derecho sobre los bienes del fideicomitente.¹⁴⁹

5.2.3 Límites

Las sustituciones fideicomisarias están sujetas a unos límites, dentro de los cuales podrán operar.

1. Para que se consideren eficaces los llamamientos deben recaer en personas que estén vivas a la muerte del testador o que no pasen del segundo grado. Cabe interpretar que, el llamamiento en calidad de fiduciario a una persona de hasta segundo grado, será válido incluso si esta premuere al testador¹⁵⁰.
2. Las sustituciones nunca podrán gravar la legítima, los llamamientos que superen los límites del art 781 se considerarán nulos. En el supuesto de nulidad de la sustitución fideicomisaria se entenderá como no escrita la cláusula, pero no influirá en la institución ni en los herederos del primer llamamiento¹⁵¹.

En lo expuesto cabe matizar, que hay una excepción a la regla general en materia de legítima, lo podemos encontrar en la Ley de 18 de Noviembre de 2003 de protección de los patrimonios de las personas con discapacidad. Por la cual se puede establecer una sustitución fideicomisaria para la legítima estricta, se deben dar una serie de circunstancias, como que el hijo haya sido incapacitado judicialmente y sea descendiente del causante. Si se aplica este supuesto el hijo discapacitado será el fiduciario y los otros descendientes legitimarios los fideicomisarios¹⁵².

3. Los llamamientos deben realizarse expresamente, no es necesario que se indique nominalmente a la persona que va a ser fideicomisaria. Pero si deberá describir una serie de circunstancias¹⁵³.

¹⁴⁹ BERCOVITZ, R; BUSTO, L ; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015).*Manual de derecho civil.... op. cit.*, p.182.

¹⁵⁰ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 99.

¹⁵¹ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,.....*op. cit.* p.167.

¹⁵² O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil.....op. cit..* p.148.

¹⁵³ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,.....*op. cit.* p.167.

5.2.4. El fiduciario.

Es heredero del fideicomitente, tiene la propiedad de sus bienes y su titularidad. Aunque esas cualidades están sujetas a término o condición, según se haya otorgado la sustitución. Carece de la titularidad definitiva puesto que aunque algunos autores han mencionado que en caso de necesidad o utilidad el fiduciario podía disponer de los bienes, ni la doctrina por un lado ni el código, ni tan siquiera la jurisprudencia han admitido dicha posibilidad de disposición¹⁵⁴.

Sin embargo la aplicación de forma análoga del art 186, párrafo 3ª permitiría disponer de los bienes bajo un interés futuro y el consentimiento de la autoridad judicial, en el caso de que el fideicomisario no esté determinado correctamente. Podría dar lugar a esta posibilidad, puesto que de estar determinado y no contar con su consentimiento, la autoridad judicial no sería competente para otorgar esa potestad¹⁵⁵.

El fiduciario podrá exigir las deducciones de aquellos gastos legítimos, créditos y mejoras realizadas para el mantenimiento del bien, excepto que el testador haya dispuesto otra cosa, en virtud del (art783. II CC)¹⁵⁶.

En cuanto a los deberes a los que están sometidos los fiduciarios, la obligación de conservar del art 781, tiene trascendencia real, ya que le impide disponer con total libertad sobre los bienes del fideicomisario. Dependerán de la naturaleza del bien que tiene que conservar y de la diligencia que le venga aparejada según sea un fiduciario a término o condicional¹⁵⁷.

5.2.5 El fideicomisario.

El fideicomisario puede denominarse como un post heredero, no es un heredero único o directo, sino que será heredero tras el vencimiento o el cumplimiento de la condición del fiduciario¹⁵⁸.

¹⁵⁴ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*.....op. cit.. p.148.

¹⁵⁵ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....op. cit. p. 102.

¹⁵⁶ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,.....op. cit. p.167.

¹⁵⁷ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....op. cit. p. 100.

¹⁵⁸ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*.....op. cit.. p.149.

En ese lapso de tiempo que pasa entre el término o la condición impuesta al fiduciario, el fideicomisario puede ejercitar todas las acciones que considere para que la sustitución opere correctamente¹⁵⁹.

El fideicomisario adquirirá el derecho a suceder desde el momento que se produzca el fallecimiento del testador, aunque muriese antes que el fiduciario. La figura del fideicomisario se asemeja a la del legatario de parte alícuota, lo que provoca que jurídicamente responda de manera limitada sobre las deudas que pesen sobre la herencia. Tampoco puede considerarse heredero del fiduciario y por lo tanto no responde de las deudas contraídas por el fiduciario, excepto de la que tengan la naturaleza descrita en el art 783.II¹⁶⁰.

Una vez se ha cumplido la condición o término el fideicomisario recibe la herencia, como verdadero heredero está obligado a satisfacer las deudas indicadas en el párrafo anterior y si hubiesen sido satisfechas por el fiduciario, este se las podrá reclamar o disminuir el caudal que perciba el fideicomisario¹⁶¹.

5.2.6 Fideicomisos de residuo.

El fideicomiso de residuo es una modalidad por la cual el testador exime al fiduciario de la obligación de conservar el bien o restituir, quedando para el fideicomisario lo que sobrase a la muerte del fiduciario. El código reconoce las dos primeras, puesto que al no llevar aparejado la obligación de conservar el bien, no puede considerarse una sustitución fideicomisaria¹⁶².

Podemos canalizar los fideicomisos de residuo en dos bloques; el fideicomiso *si aliquis supererit* y el fideicomiso *eo quod supererit*¹⁶³.

1. *Si aliquis supererit*, en esta modalidad de fideicomiso de residuo el testador faculta al fiduciario de la disposición sin límites de los bienes. el fideicomisario

¹⁵⁹ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 103.

¹⁶⁰ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,.....*op. cit.* p.169.

¹⁶¹ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*.....*op. cit.* p.149.

¹⁶² O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*.....*op. cit.* p.151.

¹⁶³ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 106.

recibirá, llegado a término o cumplida la condición el remanente que quede en ese momento. Es decir, el fiduciario queda eximido de la obligación de conservar impuesta en el art 781 C.C¹⁶⁴

2. ***Eo quod supererit***, también se denomina como sustitución fideicomisaria de residuo ordinaria, el fideicomitente es el que marca la disponibilidad de actos de fiduciario. Pero en este supuesto sí que debe mantener parcialmente el patrimonio fideicomitado, para que cuando se cumpla el término o condición pueda entregar ese patrimonio al fideicomisario¹⁶⁵.

5.3 LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR.

La sustitución pupilar la encontramos en nuestro ordenamiento ubicada en el art 775 de nuestro Código Civil” *los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de 14 años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad*”¹⁶⁶.

Por otra parte la sustitución ejemplar viene recogida en el art 776 y expresa lo siguiente: *“el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón*”¹⁶⁷.

En virtud de la ley de 24 de Octubre de 1983, indica que la enajenación mental provoca la incapacidad, pero no excluye a otras enfermedades mentales para la capacidad de obrar. La restricción de la capacidad de obrar debe fijarse por sentencia de incapacidad en virtud de los artículos 210 y 665 de la legislación referenciada en este párrafo¹⁶⁸.

¹⁶⁴ BERCOVITZ, R; BUSTO, L; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015).*Manual de derecho civil.... op. cit.*, p.187.

¹⁶⁵ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil.....op. cit.*, p.153.

¹⁶⁶ art 775 Código Civil

¹⁶⁷ art 776 Código Civil.

¹⁶⁸ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 110.

La sustitución pupilar, produce efectos si el sustituido fallece antes de cumplir la edad de catorce años. Puesto que si el menor cumple los catorce años la sustitución pupilar carece de eficacia¹⁶⁹. Además de en el supuesto mencionado anteriormente, la sustitución pupilar deja de tener efecto en los siguientes casos:

“1. Por nulidad del testamento en que se estableció la sustitución pupilar.

2. Por fallecimiento de sustituto pupilar antes del sustituido.

3. Por incapacidad o indignidad para suceder el sustituto o por renuncia.

4. Por revocación de la sustitución ordenada por el ascendiente.”¹⁷⁰

Este tipo de sustitución provoca una controversia a la hora de determinar si el llamamiento abarca la totalidad de la herencia prevista para el sustituido o solo en aquellos bienes en los que estaba previsto la adjudicación para el sustituto.

En la primera posición los padres y demás ascendientes pueden otorgar testamento por sus descendientes de catorce años para el caso de que mueran antes de la edad prevista, se situaría por lo tanto como una excepción al carácter personalísimo que tiene el testamento¹⁷¹.

En la otra teoría la postura defendida es la que presume que la sustitución solo debe alcanzar a los bienes que el testador deja al menor sustituido, sin extenderse más allá en el caudal hereditario. Esta teoría ha sido apoyada por la doctrina más clásica, dejando como presupuesto más claro, el respeto al carácter personalísimo del testamento, impidiendo hacer un testamento por otro y disponer de los bienes de este¹⁷².

¹⁶⁹ BERCOVITZ, R; BUSTO, L; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015). *Manual de derecho civil.... op. cit.*, p.188.

¹⁷⁰ Derecho de Sucesiones, MARTÍNEZ ESPÍN,.....*op. cit.* p.164.

¹⁷¹ BERCOVITZ, R; BUSTO, L ; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015). *Manual de derecho civil.... op. cit.*, p.188.

¹⁷² O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil..... op. cit..* p.153.

En cuanto a los sujetos que pueden designar sustitutos en la pupilar, serían los padres y ascendientes, pudiendo designar como sustitutos a sus descendientes menores de catorce años. Para Díez Picazo y Gullón este presupuesto desconecta del ejercicio de la patria potestad recogido en nuestro código¹⁷³.

Tanto la sustitución ejemplar, como la sustitución pupilar, están constituidas con el objetivo de conseguir evitar la sucesión intestada, ya sea por falta de capacidad de obrar, producida por la minoría de edad o por la incapacitación judicial¹⁷⁴.

Entrando ya en un terreno más específico, aunque tiene elementos comunes con la sustitución pupilar, vamos a proceder a situar las principales notas características de la sustitución ejemplar¹⁷⁵.

1. El sustituido es el mayor de catorce años, declarado incapaz. Hay que matizar, que también podrá recibir esta consideración, cuando el sustituido tenga visos de continuar en el mismo estado de incapacitación después de cumplir la mayoría de edad.
2. La declaración de incapacitación puede obtenerse con posterioridad a la realización del testamento, pero obviamente este hecho se tiene que producir con anterioridad al fallecimiento del sustituyente.
3. En el caso de que desapareciera la causa por la cual podía instituir al sustituto, se procederá a la apertura de la sucesión intestada.

¹⁷³ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil.....*op. cit.* p. 110.

¹⁷⁴ O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil*..... *op. cit.* p.139.

¹⁷⁵ BERCOVITZ, R; BUSTO, L ; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015).*Manual de derecho civil*.... *op. cit.* p.191.

VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SUSTITUCIÓN

Una vez asentada la base jurídica que otorga nuestro código civil actual y tras visionar las teorías que aportan distintos autores a los tipos de sustitución que abarca nuestro ordenamiento jurídico.

En este bloque vamos a proceder a analizar una serie de sentencias vinculadas a la materia objeto de estudio de este trabajo.

Escogeremos las sentencias más relevantes de cada tipo de sustitución, así como otras que aunque no sean tan importantes en la materia tienen condicionantes curiosos que merecen ser objeto de estudio en este apartado.

En materia de sustitución vulgar:

6.1. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-10-2004, nº 982/2004, rec. 4329/2000

Para comenzar con el análisis de esta sentencia, primero procederemos a situar los antecedentes de hecho que dieron lugar a la sentencia que vamos a proceder a comentar.

“La cuestión litigiosa se centra principalmente en sí, repudiada la herencia de Dª Diana por los herederos instituidos y por los descendientes en primer grado de éstos, procedía o no llamar a otros sustitutos vulgares de grado posterior, pues la cláusula testamentaria precisaba que los dos herederos universales serían sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, con el efecto, en caso positivo, de la revocación de la declaración de herederos abintestato de la causante, contenida en el auto número 120/1993, dictado en el expediente número 279/1993 del Juzgado de Primera Instancia de Cuéllar, a favor de D. Braulio, hermano de doble vínculo de la testadora¹⁷⁶”.

Esta sentencia es muy importante en materia de sustitución vulgar, porque mediante la misma se estableció un criterio para los casos en los que se había abierto la sucesión abintestato porque el llamado a la sustitución no llegue a serlo porque no pueda o no quiera.

¹⁷⁶ STS 982/2004 20 de Octubre

En el caso en cuestión los herederos instituidos no aceptaron la herencia. Por tanto en el supuesto que nos ocupa, el testador incluyó una cláusula en la cual los dos herederos instituidos serían sustituidos por sus descendientes pero no especificó hasta qué grado.

Los herederos de segundo grado eran capaces de acceder a la herencia del causante en el momento de la delación hereditaria y por lo tanto el tribunal, falló en el sentido de mantener el pronunciamiento de la sentencia de la audiencia.

Esto derivó en que se revocó la sucesión intestada, primando por tanto la voluntad del testador, en la cual determinó unos sustitutos para el caso de que sus dos herederos no pudiesen llegar a serlo o repudiasen la herencia.

En síntesis esta sentencia aplica el art 774 del código civil en toda su expresión siendo por lo tanto un fallo de referencia en materia de sustitución vulgar.

6.2. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-05-2010, nº 339/2010, rec. 1670/2006

Esta sentencia es muy importante en materia de interpretación testamentaria, puesto que vino a consolidar el criterio establecido en el art 675 del código civil. Este no es otro que fijar preferencia a la voluntad real del testador, a la hora de otorgar el testamento, para interpretar las cláusulas que puedan dar lugar a una lectura confusa.

En determinadas ocasiones el sentido literal de las palabras del testador no indican la voluntad real, en este caso se le proporcionó al tribunal de instancia la potestad de interpretar conforme a su criterio la voluntad del testador. El tribunal supremo confirmó la sentencia debido a que, para poder entrar a valorar la decisión de instancia debía haberse producido un error manifiesto en la interpretación de la cláusula testamentaria.

6.3. AP Pontevedra, sec. 1ª, S 12-02-2015, nº 54/2015, rec. 360/2014

En esta sentencia de la audiencia provincial, viene a debatir sobre si el concepto de premoriencia, previsto para la sustitución vulgar, puede hacerse extensiva a dicha sustitución en el caso de que se produzca una situación de conmoriencia.

En primera instancia, el juez declaró ineficaz la cláusula testamentaria en la cual se establecía la sustitución para el supuesto de premoriencia de los instituidos herederos.

Lo fundamentó basándose en que no se había cumplido la condición para que se produjese la sustitución, porque la causa que permitía la misma era el supuesto de premoriencia. Las herederas de este supuesto en cuestión, fallecieron en un accidente de tráfico y en el registro civil se unificó la misma hora de la muerte para ambas.

Este hecho produjo por tanto que no se pudiese hablar de premoriencia, sino de un supuesto de conmoriencia, el cual no estaba previsto en el testamento otorgado por el causante del supuesto de hecho. Esta circunstancia desembocó en la apertura de la sucesión *ab intestato*.

La Audiencia provincial, en sus fundamentos de derecho, equiparó la figura de la conmoriencia a la de premoriencia en virtud del art 33 del Código Civil. Además, utilizó el art 774 de ese mismo cuerpo legal, para realizar una relación jerárquica entre la aplicación de la sustitución y la sucesión *ab intestato*.

Finalmente dio la razón al apelante y fundamentó el fallo en que era figuras análogas, permitiendo por tanto que la misma finalidad que buscaba el finado para la premoriencia, fuese también para la conmoriencia. Por último, matizó su fallo reconociendo que las conclusiones de las Audiencias Provinciales, en este ámbito no era pacífica.

6.4. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-11-2010, nº 710/2010, rec. 973/2007

Esta sentencia goza de bastante relevancia en materia de sustituciones fideicomisarias, puesto que en virtud de la misma se establece el criterio de interpretación de la palabra grado, contenida en muchas cláusulas testamentarias.

En dichos fundamentos de derecho indican que en este caso como en muchos otros, para interpretar una cláusula testamentaria, primero deberá atenderse al sentido literal de las palabras y si de estas no pudiese desprenderse la voluntad real del testador, entrarían en juego los distintos criterios interpretativos.

La sentencia de referencia, viene a consolidar que la expresión grado contenida en la

cláusula testamentaria, equivale a llamamiento y no a grado de parentesco.

6.5. Tribunal Supremo sala 1º, S 30-10-2012, 624/2012

En la presente sentencia, el tribunal tiene como destino dilucidar sobre si la venta de un piso debía incluirse dentro del fideicomiso. Esto se debe a que el bien enajenado estaba gravado mediante un fideicomiso de Residuo, además las facultades que se le otorgaban al fiduciario eran las más amplias.

En este caso el tribunal falló en favor de los fideicomisarios, puesto que aunque el fiduciario tenía las más amplias facultades de disposición del bien, debía conservarlo y entregarlo a los fideicomisarios.

En conclusión esta sentencia indica el conflicto que se produce entre el deber de conservación del fiduciario con las amplias facultades que otorga la causante al fiduciario. Primando en el fallo que el objetivo de la sustitución era otorgar el bien fideicomitado al fideicomisario y por lo tanto transmitir la cantidad resultante de su venta.

VII. COMPARATIVA ENTRE EL Dº ACTUAL Y EL ROMANO

En este apartado vamos a proceder a plasmar las notas distintivas que arroja el estudio realizado en este proyecto, las cuales nos permiten describir los siguientes rasgos distintivos y similares entre ambos ordenamientos:

-PRIMERA: El principal rasgo característico que arroja este trabajo es la evolución que se ha ido desarrollando en cuanto a la capacidad para ser nombrado heredero o para poder designarlo. En el Derecho Romano como hemos podido comprobar otorgaba como regla general esta posibilidad al Paterfamilias y para ser instituido heredero los requisitos eran muy severos, provocando una gran discriminación social en función del status ostentado.

-SEGUNDA: En cuanto a la materia que nos ocupa, las sustituciones han variado poco en cuanto a su contenido, se puede apreciar que prácticamente no ha habido evolución conceptual de la sustitución vulgar y pupilar. Sin embargo como hemos mencionado en la primera nota, la capacidad para poder otorgar sustitutos y ser instituido como tal plasman una serie de condiciones muy restrictivas.

-TERCERA: La voluntad del testador fue cogiendo peso como elemento más determinante a la hora de interpretar un testamento, desde que se procedió a ampliar las formas de testar. Puesto que en la primera etapa, esa posibilidad no se producía y se acogía al criterio del sentido literal de las palabras para su correcta interpretación. Circunstancia que con el tiempo provocó que en los casos en los que fuese flagrante el error a la hora de otorgar testamento, ni siquiera se pudiese atender al sentido literal de las palabras.

-CUARTA: La integración de las sustituciones fideicomisarias en el derecho actual, en el Derecho Romano ya se preveía la posibilidad de gravar a un heredero con un fideicomiso, pero no está prevista como tal la sustitución en esa materia.

-QUINTA: El estudio de este trabajo, nos ha permitido descubrir que el Derecho Romano ya preveía situaciones de premoriencia al testador, incluso por temor a ello realizaban la sustitución pupilar en dos testamentos distintos, para que el sustituto no se

aprovechase de esta posibilidad. Sin embargo, los avances de la sociedad han traído otros conceptos más ajustados a la realidad social como la conmorienencia, esto se debe a situaciones más cotidianas para nuestros días, como puede ser un accidente de avión o de coche en las cuales es difícil determinar con exactitud que persona a premuerto.

-SEXTA: Si en Roma el objetivo del testamento y por ende de las sustituciones era preservar la unidad familiar, en el ordenamiento actual se ha añadido al testador más facultades, puesto que no solo le permite blindar más a su familia, sino que le permite por medio de la sustitución que se produzca una sucesión acorde con su voluntad real y no con lo dispuesto en la ley, todo sin perjuicio de las cuotas destinadas a los legitimarios.

VIII. CONCLUSIONES

El presente trabajo tenía como objetivo, analizar la figura de las sustituciones tanto en el Derecho Romano como en el Derecho español vigente. Tras realizar la comparativa de las notas más características que he podido deducir de ambos ordenamientos, voy a proceder a concluir este proyecto con los rasgos más distintivos e importantes que ha arrojado mi análisis de las sustituciones en el derecho actual vigente en nuestro país.

PRIMERA.- En materia de interpretación de un testamento, he podido concluir que el elemento más determinante a la hora de precisar el sentido que ha querido ofrecer en sus cláusulas testamentarias el causante, es su voluntad. Para poder hacer una correcta interpretación es necesario utilizar todos los medios posibles para conseguir entender qué era lo que realmente quería disponer el testador.

SEGUNDA.- De toda la tipología de sustituciones que he plasmado en este análisis, tras estudiarlas al completo, puedo decir que las fideicomisarias son las que más conflicto generan. Esto se debe en mi opinión al deber de conservar el patrimonio objeto de la sustitución impuesto al fiduciario. Otro elemento que provoca que sean las más controvertidas, es que conviven en el mismo periodo de tiempo tanto fiduciario como fideicomisario.

TERCERA.- La sustitución vulgar que implica que se tenga que producir una condición, como puede ser la premoriencia del primer instituido heredero. Puede provocar discrepancias a la hora de atender a la voluntad del testador, esto se debe a circunstancias que no son pacíficas en la doctrina. La equiparación o separación de conceptos de conmoriencia y premoriencia son ejemplos de lo que puede dar lugar una declaración de voluntad que no ha previsto determinadas situaciones.

CUARTA.- La introducción en nuestros días de elementos de transporte como pueden ser el avión o los vehículos con un uso de manera cotidiana, han dado lugar a que en los testamentos se tenga puesta la condición de conmoriencia junto con la de premoriencia.

Tras visionar una serie de sentencias, puedo determinar que los elementos de transporte son la principal causa que provoca la aparición del término conmorienencia.

QUINTA.- Tras el estudio de los diferentes manuales y jurisprudencia, he podido comprobar que la figura de usufructuario y fiduciario que antes estaban tan estrechamente ligadas, han sufrido una distinción de tal manera que a día de hoy no son equiparables.

SEXTA. - La posibilidad que tenemos en la actualidad de realizar pruebas de filiación, provoca controversias a la hora de determinar la voluntad del testador. Puesto que si cuando realizó el testamento no tuvo en cuenta a ese heredero legitimario, provoca que esa declaración de voluntad tenga una óptica difícil de comprender.

SÉPTIMA.- Las sustituciones tienen una incidencia directa en la realización de determinados negocios jurídicos, puesto que como hemos podido comprobar, cuando la materia de sustituciones es opaca en los testamentos pueden llegar a provocar la nulidad de un negocio jurídico por una mala interpretación.

OCTAVA.- Esta figura tiene como principal objetivo ser la garante de la voluntad del testador, no permitiendo de este modo que la sucesión *ab intestato* opere. Por lo que podemos decir que la misma provoca que se tenga en cuenta la voluntad del testador, antes de que opere la ley a falta de la misma.

NOVENA.- La sustitución por todo lo descrito anteriormente, podemos decir que es un acto de disposición que ha evolucionado de tal manera, que ya no es sólo una facultad que tiene para perpetuar la familia. Sino que su desarrollo ha sido tal, que, en lo distinto a las cuotas legitimarias, el causante puede determinar siempre el destino de su patrimonio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ, R; BUSTO, L; COLINA, R; CORDERO, E; COSTAS, L; GONZÁLEZ, C.....ZURILLA, M. (2015). *Manual de Derecho Civil*, Madrid, España, Ed Bercal.
- DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1997.
- DE LLAMAS, S. 1827. *Comentario jurídico crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes del Toro*, t.I, Madrid, España, ed I. Repullés.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, t. II, v.IV, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho Romano* (1ª ed., Manuales universitarios). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi
- GARCIA, F. 1852. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t.I, Madrid, España, Imprenta de la Sociedad tipográfico-editorial.
- GARCIA, M - LEFEVBRE, F.2018. *SUSTITUCIONES HEREDITARIAS*. Memento Práctico Francis Lefevbre(familia), Madrid: Ed Lefevbre el Derecho.
- GIMÉNEZ-CANDELA, T. 1999, *Derecho Privado Romano*, Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- IGLESIAS, J, 1994, *Derecho Romano Historia e instituciones*, Barcelona, España, Editorial Ariel.
- JORDAN, I. y DE MANUEL, M. *Ordenamiento de Leyes*, Madrid, España, 1847.
- *Derecho de Sucesiones*, MARTÍNEZ ESPÍN, P. Carrasco Perera, a. (dir.), Madrid,2016.
- LÓPEZ, G. 1844 *Las siete partidas*, t.III, Madrid, España, Ed Compañía General de editores e impresores del reino.
- O'CALLAGHAN, X. 2016, *Compendio de Derecho Civil Dº de Sucesiones*, t.V, Ed Ramón Areces.
- TORRENT, A, 1987, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, España, librería central.
- VOLTERRA, E. 1986, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, España, Ed Cívitas.

X. ANEXO LEGISLACIÓN

- Código Civil
- Las Partidas de Alfonso X.
- Las ochenta y tres Leyes de Toro
- Ley de 18 de noviembre de 2003 de protección de los patrimonios de las personas con discapacidad.
- Ordenamiento de Alcalá.
- Proyecto de Código Civil de 1851.